

- העותרים :**
1. בדיע ראיק סואבטה מכפר אלבאדאן
  2. קאנון - LAW - הארגון הפלסטיני להגנה על זכויות האדם והסביבה

כולם ע"י ב"כ עוה"ד ג'מיל דקואר ו/או חסן ג'בארין ו/או ארנה כהן  
ו/או מרואן דלאל ו/או מוראד אל-סאנע ו/או סוהאד בשארה;  
מעדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל; ת.ד.  
520, שפרעם 20200 טל': 9501610-04 פקס: 9503140-04 נייד:  
852552-052

- נ ג ד -

**המשיב:** מפקד כוחות צה"ל באיזור הגדה המערבית  
לשכת אלוף פקמ"ז 64, ד"צ 02367, צה"ל

### עתירה למתן צו על תנאי

בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת ליתן צו על תנאי, המורה למשיב לבוא וליתן טעם כדלקמן:

1. מדוע לא לאפשר פינוי העותר מס' 1 על ידי צוותים רפואיים לבית החולים לצורך קבלת טיפול רפואי;
2. מדוע לא לאפשר לצוותים רפואיים של הסהר האדום והצלב האדום להגיע אל פצועים על מנת לפנותם לבתי החולים לקבלת טיפול רפואי;
3. מדוע לא לאפשר לבני משפחות ההרוגים להביאם לקבורה מהירה, נאותה ומכובדת;
4. מדוע לא יאפשר הבאת הרוגים פלסטיניים לקבורה מהירה באזורים הנתונים תחת עוצר מלא ובשליטת כוחות הצבא וימנע מלנקוט בשיטת עיכוב הבאת הרוגים לקבורה מהירה, נאותה ומכובדת בנוכחות בני משפחתם;
5. מדוע לא לאפשר פינוי הרוגים מבתיים על ידי צוותים רפואיים אל בתי חולים.

### בקשה לקיום דיון דחוף ביותר

1. עתירה זו עניינה הפגיעה הקשה והבלתי סבירה בזכותם של פצועים פלסטיניים שנפגעו כתוצאה מפעולות הצבא באזור ג'נין ושכם לקבלת טיפול רפואי וכן הפגיעה האנושה בזכותם של הרוגים פלסטיניים לקבורה מהירה, מכובדת ונאותה. בשבוע האחרון נמנעה האפשרות להביא לקבורה מכובדת הרוגים שנותרו ימים אחדים בחדרי המתים של בתי

החולים ולעיתים נשארו בבתיים ואף ברחובות ללא שניתן לבני משפחותיהם או לכוחות הצלב האדום ולצוותים רפואיים לפנותם ולהביאם לקבורה אנושית ומכובדת.

2. ביום ג' 2.4.02 משפחת עאבדה מבית לחם איבדה שניים מבני המשפחה כתוצאה מהפגזה של טנקים ישראלים במקום: האם סומיה עאבדה בת 62 ובנה אבראהים עאבדה בן 36. גופותיהם עדיין נמצאות בבית המשפחה בבית לחם, שכן אזור מגורי המשפחה נתון תחת עוצר ושליטת כוחות הצבא שאינם מאפשרים לתושבים לצאת מבתיהם. רק כעבור יומיים ולאחר שצילומי ההרוגים בביתם התפרסמו באמצעי התקשורת התאפשרה העברת הגופות לבית החולים בבית לחם.

3. ביום א' 1.4.02 נטמנו בקבר אחים בחצרו של בית חולים הממשלתי ברמאללה גופותיהם של 28 הרוגים וזאת לאחר חדר המתים התמלא בגופות וכוחות הצבא מנעו את הבאתם לקבורה בבית הקברות הסמוך לבית החולים. למותר לציין, כי פנייתה של העותרת 2 למחלקת הבג"צים בעניין הזה לא קיבלה כל התייחסות ותשובה.

4. סירוב המשיב לאפשר לבני משפחות ההרוגים הפלסטינים להביאם לקבורה מהירה ומכובדת גורמת לפגיעה אנושה בזכותם החוקתית של המתים לכבוד. פגיעה זו מגיעה כדי חילול כבודם כמתים הראויים ליחס של כבוד מינימאלי אחרון. זאת ועוד, סירוב המשיב להביא את ההרוגים לקבורה מהירה משפיל את בני משפחותיהם ופוגע במידה העולה על הנדרש בזכויות היסוד שלהם כבני אדם הזכאים להביא את יקיריהם לקבורה אנושית ולהתאבל על מותם.

5. סירוב המשיב להביא את ההרוגים לקבורה מהירה ומכובדת אינו פרופורציונלי לחלוטין, הוא מהווה אקט שרירותי הנשען על גישה נקמנית חסרת כל רגש אנושי וללא כל הצדקה מבחינה בטחונית. מדובר במדיניות השפלה פסולה וחסרת כל תקדים שאינה מסתפקת בפגיעה האנושה בזכות המתים לכבוד לאחר שאיבדו את חייהם אלא היא נועדה להענישם בפעם השניה ובכך לשלוח מסר שלפיו הפלסטינים הנהרגים כתוצאה מפעולות הצבא לא יזכו לכבוד האחרון מצד בני משפחותיהם, חבריהם ומוכירי זכרם.

6. **אשר על כן, בשל חומרת הפגיעה המתמשכת בכבודם של שני ההרוגים ובזכויות בני משפחותיהם מתבקש בית המשפט לקיים דיון דחוף ביותר בעתירה זו.**

**רקע עובדתי:**

7. על פי מידע שהגיע אל משרדי ארגון קאנון, והמבוסס על עדויות של עדי ראיה בערים ג'נין ושכם ובמחנה הפליטים ג'נין, ואשר חלקו פורסם בדיווחים עיתונאים, ידוע כי כוחות הצבא באזורים אלה מונעים מזה למעלה מ-48 שעות פינויים של עשרות רבות של פצועים, שחלקם אף במצב קשה מאד הזקוק באופן

מיידי לטיפול רפואי. יודגש, כי חלק גדול מהפצועים הינם אזרחים תושבי הערים ג'נין ושכם ותושבי מחנה הפליטים ג'נין.

8. יתרה מזאת, כוחות הצבא אינם מאפשרים לצוותים רפואיים לגשת לאזורים שבהם פצועים רבים זקוקים לעזרה וטיפול רפואיים, וכי נסיונות של הצלב האדום להגיע לאותם אזורים ולפנות את הפצועים אף הם סוכלו על ידי כוחות הצבא.

9. בנוסף למספר הרב של הפצועים והנפגעים מפעולות כוחות הצבא באזור ג'נין ושכם, נודע לעותרת 2 על כך שכוחות הצבא מונעים מצוותים רפואיים ומגופים בינלאומיים לפנות את גופותיהם של הרוגים פלסטינים רבים ולהביאם לקבורה מכובדת או לפחות לפנותן אל בתי החולים.

10. להלן שמותיהם של ההרוגים שלא ניתן היה להביאם לקבורה והנמצאים בבית החולים אלמיידאני ברחוב נסר בשכם. שמותיהם של ההרוגים הם: נידאל עודה משכם; באסל אלזגלול משכם; אחמד א-טבוק משכם, נאסר אבו סעוד משכם; כמאל אבו שיהאב משכם ואיהאב פחמאווי ממחנה הפליטים אלעיין.

11. אלה שמות הפצועים אשר כוחות הצבא מונעים מהם קבלת טיפול רפואי ו/או העברתם לבתי חולים לצורך קבלת טיפול רפואי חיוני: נאסר אלעאסלה, פצוע קשה מאוד ונמצא בביתו בשכם; הישאם נאסיף משכם; סאמי אסתיתייה משכם; מוחמד אל-אנס; יחיא לואלו ומאמון שיבא כולם פצועים קשה ונמצאים בבית החולים אלמיידאני והזקוקים לפינוי מיידי לבתי חולים מרכזיים.

### ואלה נימוקי העתירה:

#### העותרים

העותר מס' 1 הינו תושב הכפר אלבאדאן אשר נפצע קשה כתוצאה מפעולות הצבא ואשר כוחות הצבא מונעים מצוותים רפואיים מלהגיע לביתו ולפנותו אל בית החולים.

העותרת מס' 2 (להלן-"העותרת") הינה עמותה הרשומה כדין הפועלת למען הגנה על זכויות האדם והסביבה בגדה המערבית.

#### פניות העותרת

א. ביום 5.4 פנתה העותרת מס' 2 אל מנהלת מחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה ודרשה את התערבותה המיידית בכדי לאפשר פינוי פצועים לבתי חולים וכן פינוי גופותיהם של הרוגים לבתי חולים ומשם לקבורה מכובדת ונאותה, אך פניה זו לא נענתה.

ב. ביום 7.4.02 (בשעות הבוקר המוקדמות) פנתה שוב העותרת 2 אל מנהלת מחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה וביקשה את התערבותה המיידית בכדי לאפשר פינוי

פצועים והבאה לקבורה של הרוגים פלסטינים באזור שכס וג'נין, אך דבר לא נעשה והרוגים רבים נקברו בקברי אחים ופצועים רבים איבדו את חייהם בהעדר טיפול רפואי מהיר.

מצ"ב העתק המכתב ומסומן ע/1.

## החלק המשפטי

12. מדיניות כוחות הצבא בעניין מניעת פינוי פצועים, שחלקם עלול למות מפציעהם, אל בתי החולים ומניעת פינוי גופות של הרוגים מאזורים הנתונים כעת בשליטתם הצבאית המלאה הינה מדיניות בלתי חוקית בעליל המנוגדת הן למשפט הישראלי והן לכללי המשפט הבינלאומי, המנהגי וההסכמי כאחד ועומדת בסתירה לדיני המלחמה וכללי המשפט ההומניטארי המעוגנים באמנות ג'נבה. מדיניות זו, ככל הנראה, הפכה לדפוס פעולה ולשיטה מקובלת של כוחות הצבא אשר נועדה להשפיל, להעניש בצורה קולקטיבית ולהתעולל בפצועים ולפגוע בכבודם של הרוגים ללא כל הבחנה.

13. מדינת ישראל וכוחותיה הצבאיים נטלו על עצמם מחויבויות במישור הבינלאומי בדבר ההגנה על זכויות האדם. נוכח ההפרות הבוטות האחרונות והמתמשכות של זכויות האדם בשטחים הכבושים, המהוות צורות של פשעי מלחמה, מחויבויות אלה עומדות בימים אלה במבחן האמת וביתר תקיפות לעומת שנותיו הרבות של הכיבוש הישראלי, שכן על פשעי מלחמה ועל ההפרות הבוטות של זכויות האדם אין יותר פטור מעונש (Impunity).

14. הוראות סעיפים 15 ו-17 לאמנת ג'נבה הרביעית העוסקות בעניין טיפול ופינוי של פצועים והבאה לקבורה של הרוגים הינם המקור המרכזי למחויבותן של כוחות הצבא באזורי שכס וג'נין לאפשר פינוי של פצועים לצורך אשפוז וקבלת טיפול רפואי וכן פינוי גופותיהם של הרוגים והבאתם לקבורה מכובדת ונאותה. הוראת סעיף 15 לאמנת ג'נבה הרביעית קובעת, בין היתר:

*“At all times, and particularly after an engagement, Parties to the conflict shall, without delay, take all possible measures to search for and collect the wounded and sick, to protect them against pillage and ill-treatment, to ensure their adequate care, and to search for the dead and prevent their being despoiled.”*

15. הוראת סעיף 17 לאמנת ג'נבה הרביעית קובעת:

*“Parties to the conflict shall ensure that burial or cremation of the dead, carried out individually as far as circumstances permit, is preceded by a careful*

*examination, if possible by a medical examination, of the bodies, with a view to confirming death, establishing identity and enabling a report to be made."*

16. אין להכביר מלים על הפגיעה האנושה והמוחלטת בכבודם של הפצועים וההרוגים הפלסטינים כאשר אין מאפשרים את פינויים לבתי החולים לצורך קבלת טיפול רפואי ואין מאפשרים הבאתם לקבורה מהירה ומכובדת. מדיניות הצבא פוגעת מעל הנדרש בזכות החוקתית לשלמות גופם של הפצועים ובזכותם לכבוד של ההרוגים הפלסטינים בניגוד להוראות חוק יסוד : כבוד האדם וחירותו.

#### 17. הפרת הזכות החוקתית לכבוד המת

א. זכותו של כל אדם לקבורה מהירה, מכובדת ונאותה הינה חלק בלתי נפרד מזכותו לכבוד, שכן כבוד האדם אינו רק כבודו של אדם בחייו, אלא גם כבודו של אדם לאחר מותו. זכות האדם המת לכבוד הוכרה בפסיקה כחלק מזכות האדם החוקתית לכבוד המעוגנת בחוק יסוד : כבוד האדם וחירותו.

ראו :

ע"א 294/91 חברה קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ. קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464.

ע"א 6024/97 פרדריקה שביט נ' חברה קדישא גחש"א ראשל"צ, פ"ד נג(3) 600.

בג"ץ 6126/94 ג'ורא סנש נ' רשות השידור, תק-על 299(2), 806.

ג. בית המשפט העליון התייחס להכרה בזכות החוקתית לכבוד של המת בעצם הקמת מצבה לזכרו, וכיבוד רצונו ורצון משפחתו וקרוביו לשמור ולטפח את קברו בדרך הנראית להם ראויה בכדי לכבד את זכרו. מקל וחומר, מקבלת הזכות החוקתית לכבוד משנה תוקף כאשר מדובר בזכות המת לקבורה מהירה, נאותה ומכובדת של גופתו, שכן קבורה שכזו נועדה בראש ובראשונה לשמור על כבודו של האדם לבל תחולל גופתו.

ד. לא זו אף זו, זכות המת לקבורה נאותה ומהירה אינה רק חלק מזכותו לכבוד כאדם מת, אלא היא חלק מזכותם לכבוד של החיים מקרב בני משפחתו, קרוביו ויקיריו כנושאים את כבודו. כדברי כב' השופט חשין :

"זכות עומדת לו לאדם - זכותו בחייו וזכותם של בני משפחתו, של קרוביו, של ידידיו ושל החברה בכללה לאחר פטירתו - כי יזכה לאחר פטירתו בחלקת-קבר, במקום קבורה ובמצבה-שעל-קבר. כבודו של אדם הוא, כבודו של המת הוא, כבודו של החי כנושא את כבוד המת"

בג"ץ 7583/98 לאה בכרך נ' שר הפנים, תק-על 2000(3), 3007, עמ' 3012.

ד. בית משפט נכבד זה נדרש בעבר לסוגייה דומה שהתייחסה לחוקיות קיום הלוויה בשעות הלילה של פעיל פלסטיני שנהרג לאחר שעונה בחקירתו על ידי גורמי הבטחון. השופט (כתוארו דאז) ברק הדגיש, כי על המפקד הצבאי לקחת בחשבון שיקולים הקשורים בכבוד האדם, וכי שיקול זה כפול הוא, והוא משתרע על כבודו של הנפטר וכבוד משפחתו. השופט ברק הוסיף כי:

”בקבורתו המכובדת והנאותה של נפטר מקיימים את כבוד המת ואת כבוד החי גם יחד”

בג”ץ 3933/92 מוסטפה ברכאת ואח’ נ’ אלוף פיקוד המרכז, פ”ד מו(5) 1, עמ’ 6.

### 18. החובה לדאוג לטובת האוכלוסייה

א. אין המפקד הצבאי יוצא ידי חובתו בדאגה לבטחון האזור בלבד. תקנה 43 לתקנות האג בדבר דיני ומנהגי המלחמה ביבשה משנת 1907 קובעת, כי המשיב אחראי על שמירת הסדר הציבורי והבטחת ניהול חיים תקינים של האוכלוסייה האזרחית ככל האפשר, באיזור שבשליטתו האפקטיבית. על המפקד הצבאי באזור האחריות לחיי התושבים ולאיכות חייהם מכל ההיבטים של חיי אדם בחברה מודרנית. הזכות לקבלת טיפול רפואי מהיר לפצועים והזכות לקבורה נאותה ומכובדת של ההרוגים נמנה על צרכיה הבסיסיים של החברה והוא כולל באופן מיוחד גם את הצורך בתנועה תקינה של צוותים רפואיים לצורך העברת הפצועים וגופות ההרוגים למוסד רפואי.

בג”ץ 393/82 ג’מעית אסכאן אלמעלמון נ’ מפקד כוחות צה”ל, פ”ד לו(4) 785, 798.  
בבג”ץ 202/81 טביב ואח’ נ’ שר הבטחון ואח’, פ”ד לו(2) 622, 629.  
בג”ץ 493, 69/81 אבו עיטה ואח’ נגד המפקד איו”ש ואח’, פ”ד לו(2) 197, 309 - 310.  
בג”ץ 3933/92 ברכאת נ’ אלוף פיקוד המרכז, פ”ד מו(5) 1, 6.

### 19. המבחן לפגיעה בזכות החוקתית לכבוד

א. סמכותו של המשיב למנוע או לעכב הבאת גופות של חללים לקבורה נאותה, מהירה ומכובדת איננה סמכות גורפת אלא היא חייבת לעמוד במבחני המשפט הציבורי ובכלל זה מבחן הודאות הקרובה. יתר על כן, הואיל ומדובר בהפרת הזכות החוקתית לכבוד ולשלמות הגוף, פעולותיו של המשיב חייבות להיבחן בהתאם למבחן המידתיות.

ב. לפיכך, לא די בכך שהמשיב יצביע על קיומו של צורך בטחוני על מנת להתיר את הפגיעה בזכות ההרוגים לקבורה נאותה ומכובדת והפגיעה בפצועים אלא עליו להוכיח, כי קיימת למעלה מודאות קרובה כי הבאת ההרוגים לקבורה מהירה, מכובדת ונאותה והענקת טיפול רפואי לפצועים יביאו לנזק של ממש לשמירה על הסדר והביטחון באזור שכם וג’נין.

ג. יתרה מזאת, על המשיב להוכיח, כי הפגיעה בכבוד ההרוגים ובני משפחתם לשם השמירה על פעילות צבאית באזור שכס וג'נין אינה אמצעי ראשון אלא אחרון, כדברי כב' השופט ברק בפס"ד ברכאת:

"אכן, פגיעה בכבוד המת ומשפחתו לשם שמירה על הביטחון והשלום אינה צריכה להיות אמצעי ראשון אלא אחרון"

בעמ' 7 לפס"ד.

## 20. מבחן המידתיות

א. החלטתו של המשיב למנוע ו/או לעכב את הבאתם לקבורה נאותה ומכובדת של ההרוגים ומניעה ועיכוב טיפול רפואי בפצועים איננה עומדת במבחן המידתיות, שכן הפגיעה בכבוד ההרוגים ובני משפחותיהם הינה מעל הנדרש ללא שנבחנו חלופות שפגיעתן בזכות ההרוגים ובני משפחותיהם לכבוד הינה פחותה יותר. מדיניות זו לוקה בחוסר סבירות ובחוסר-מידתיות קיצוניים.

ב. הלכה פסוקה היא, שעל פעולות הרשות המנהלית הפוגעות בזכויות אדם חוקתיות, לעמוד במבחן המידתיות. יפים כאן דבריו של כב' השופט חשין בפרשת סטמקה, לאמור:

"כעוצמת הזכות הנפגעת או כעוצמת הפגיעה בזכות כן תהא עוצמת הקפדתנו עם הרשות בעילת המידתיות"

בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, נג(2) 728, עמ' 777.

ג. מדיניות המשיב בעניין מניעת ו/או עיכוב הבאתם של הרוגים לקבורה מהירה, נאותה ומכובדת והענקת טיפול רפואי איננה בגדר פגיעה בנוחות אלא פגיעה בזכויות אדם בסיסיות. המשיב לא שקל את הפגיעה הקשה בזכויות אדם עקב מצבים שבהם בני המשפחה צופים בגופת יקירם ואין ביכולתם לעשות דבר שכן כל נסיון מצדם לצאת מחוץ לבית עלול לסכן את חייהם וכן את המצבים שבהם פצועים מאבדים את חייהם כתוצאה מהעדר טיפול רפואי.

ד. המשיב לא שקל, כפי שחובה היה עליו לשקול, עת שהחליט על מניעת ו/או עיכוב הבאת לקבורה מכובדת ונאותה של ההרוגים ומניעת טיפול רפואי מפצועים, אפשרויות חלופיות לקיום צרכי הבטחון במקביל להקטנת הנזק הרב הנגרם להרוגים ולפצועים ולבני משפחותיהם ואף לשכונה ולערים ג'נין ושכס. זאת, כיוון שהפגיעה בזכויות האדם המוגנות של התושבים הפלסטינים באזור ג'נין ושכס, אף אם יקבע, שהאמצעי מתאים לצרכי הבטחון, היא חריפה ביותר. ניתן להשיג את עיקריה של התכלית הראויה - גם אם לא את מלואה - באמצעים שפגיעתם בזכות האדם המוגנת פחותה באופן משמעותי.

ראו דברי כבוד הנשיא ברק בבג"צ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל ואח' נ' שר האוצר ואח', תק-על 3)97 (721, פסקאות 16-18; וכן בבג"צ 3477/95 בן-עטייה ואח' נ' שר החינוך התרבות והספורט, פ"ד מט(5) 1.

ה. באיזון בין צרכי הבטחון לבין זכותם של הפצועים לטיפול רפואי וזכותם של ההרוגים לקבורה מהירה, נאותה ומכובדת, ככל האפשר בנסיבות העניין, ולמרות המצב הביטחוני, נקט המשיב בצעדים חריפים ופוגעים מעבר למידה הראויה.

בג"צ 358/88 האגודה לזכויות האזרח בישראל ואח' נ' אלוף פיקוד המרכז ואח', פ"ד מג(2) 529, 538ה.

ו. ככל שתקופת הזמן שבה המשיב מונע ומעכב את פינוי הפצועים וגופות ההרוגים לצורך הבאתם לקבורה מכובדת ונאותה מתארכת, כך הופכת הפגיעה בזכות החוקתית למוחלטת שאינה יכולה להתאזן עם אינטרסים ושיקולים אחרים של המשיב.

על יסוד כל האמור לעיל, מתבקש בית המשפט הנכבד ליתן צו על תנאי כמבוקש לקיים דיון דחוף בעתירה, ולאחר קבלת תשובת המשיב להפכו מוחלט.

---

גימיל דקואר, עו"ד  
בי"כ העותרים